

sítio do STF e fazemos uma pesquisa livre em seu banco de jurisprudência pela palavra “moradia”.² O sistema retorna 89 ocorrências. Se nossa intuição inicial estiver correta, dentre essas ocorrências teremos alguns dos mais relevantes problemas brasileiros relacionados ao direito à moradia. Vamos à análise dos resultados. Das 89 ocorrências, 29 versam sobre auxílio-moradia pago a membros da Magistratura; 24 discutem a penhorabilidade do imóvel bem de família, e os demais falam sobre questões ligadas à inviolabilidade do domicílio e outras questões.

Diante desses dados, devemos nos fazer algumas perguntas: Será que o maior problema constitucional brasileiro ligado ao direito à moradia decorre do auxílio-moradia recebido pelos nossos juízes? Será que nossas impressões iniciais estavam enganadas? Ou, ainda, será que moradia é, mesmo, um problema jurídico? Acreditamos que todas essas questões devam ser respondidas negativamente. A justificativa dessas respostas é o que veremos a seguir.

A escolha do direito à moradia dentre os direitos sociais deve-se a quatro razões. São elas: (a) a quantidade de pessoas cuja moradia se encontra em condições inadequadas; (b) a baixa quantidade de estudos jurídicos sobre esse direito social específico; (c) o fato de a moradia ser um direito relevante em si, mas também ser condição de outros direitos sociais; (d) a relação do direito à moradia com um direito difuso por excelência: o direito à cidade.

Vamos a cada uma dessas razões.

(a) Os dados da Secretaria Nacional de Habitação, do Ministério das Cidades, mostram que o déficit habitacional no Brasil em 2008 era estimado em 5,572 milhões de domicílios, dos quais 83% estão localizados nas áreas urbanas. Em termos relativos, o déficit representa 9,7% do estoque de domicílios do País. Se levarmos em consideração a renda dos afetados pelo déficit, veremos que 89,6% dos afetados têm renda familiar mensal de até três salários-mínimos, e 7% entre três e cinco salários-mínimos – faixas que, juntas, compõem 96,6% do dé-

teção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (redação dada pela Emenda Constitucional 64/2010).

2. A pesquisa pode ser replicada no endereço eletrônico <http://sfj.jus.br/portal/jurisprudencial/pesquisar/Jurisprudencia.asp>. O acesso para coleta dos dados apresentados foi feito em 15.4.2013.

Capítulo XIII

DIREITO À MORADIA: O QUE OS JURISTAS TÊM A VER COM ISSO?

PAULO ANDRÉ NASSAR

1. *Introdução*. 2. *Direito à moradia e a vida nas cidades*. 3. *A doutrina brasileira sobre direito à moradia*. 4. *Conclusão*.

1. Introdução

A literatura jurídica brasileira sobre direitos constitucionais sociais vive um momento interessante. Há uma efervescência de títulos sobre o tema, ora sob a rubrica dos direitos fundamentais, ora sob a dos direitos sociais em espécie, como o direito à saúde, à educação, à moradia etc. Essa afirmativa pode ser confirmada nas prateleiras de qualquer grande livraria do País. Nas faculdades de Direito são cada vez mais frequentes os seminários e trabalhos de conclusão de curso sobre “judicialização da política”, ativismo judicial e seus desdobramentos.

Segundo o senso comum, o Judiciário é cada vez mais atuante em matérias antes reservadas aos Poderes ditos “políticos”, de modo que já não é raro ver congressistas bradarem contra esse avanço dos juizes, a ponto de se afirmar que nenhuma decisão política está a salvo do controle judicial.

Se essas impressões iniciais estiverem corretas, seria sensato esperar que o STF – órgão do Poder Judiciário responsável, precisamente, pela guarda da Constituição – fosse um lugar privilegiado para discussões de problemas relativos aos direitos sociais elencados no art. 6º da CF de 1988.¹ Para checar essa intuição, vamos ao

1. Constituição Federal: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a pro-

ficat. Só na Região Metropolitana de São Paulo estima-se que o déficit habitacional era de 511.313 domicílios.³

O déficit habitacional é calculado com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios/PNAD, feita pelo IBGE. São componentes do déficit: coabitação familiar; habitações precárias; ônus excessivo com aluguel; e adensamento excessivo nos domicílios alugados.

A metodologia de cálculo do déficit baseia-se em um “conceito amplo de necessidades habitacionais, que engloba tanto o déficit habitacional (que se refere à necessidade de construção de novas moradias para a solução de problemas sociais de habitação detectados em certo momento) como a inadequação de domicílios (que por sua vez se refere às especificidades internas do estoque urbano de habitações, de modo que seu dimensionamento visa a colaborar ao desenho de políticas públicas voltadas para a melhoria dos domicílios existentes)”.

Esses números referem-se aos *domicílios* faltantes ou inadequados, e não ao número de *pessoas* atingidas pelo déficit. A título de exemplo, segundo a PNAD 2008,⁴ do IBGE, a população brasileira em 2008 era estimada em 189.953.000, enquanto o número de domicílios era de 56.093.610 – o que dá uma média aproximada de 3,38 habitantes por domicílio.

(b) Dentre os direitos sociais elencados no art. 6º da CF, o direito à moradia é um dos menos estudados nos trabalhos jurídicos brasileiros. Numa análise sobre a produção doutrinária brasileira sobre três direitos sociais de 1964 a 2003, Acca demonstra que, dentre os trabalhos feitos sobre direitos sociais específicos (saúde, educação e moradia), apenas 20% são sobre moradia.⁵

(c) Além da importância intrínseca do direito à moradia, este direito é requisito de uma série de outros direitos sociais, como os direitos à

3. Brasil. (2010) *Deficit Habitacional no Brasil 2008* (disponível em Ministério das Cidades: www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades/arquivos-e-imagens-oculto/NOTA_DEFICIT2008_FIP_jul2010.pdf; acesso em 15.3.2011).

4. Dados disponíveis em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/tabbrasil.shtm> (acesso em 6.5.2011).

5. Thiago dos Santos Acca, *Uma Análise da Doutrina Brasileira dos Direitos Sociais: Saúde, Educação e Moradia entre os Anos de 1964 e 2003* (dissertação de Mestrado), São Paulo, USP, 2009, p. 55.

saúde e à educação.⁶ Um domicílio localizado nas imediações ou, mesmo, construído sobre um aterro sanitário, por exemplo, pode trazer diversas consequências negativas à saúde dos seus moradores. Da mesma forma, morar em local distante de instituições de ensino implica uma limitação ou, mesmo, inviabilização da educação dos moradores.

(d) Os conflitos relacionados a direitos sociais são normalmente problemas distributivos, na medida em que tratam da apropriação individual (ou por um grupo) de um bem comum (indivisível).⁷ Esse bem comum pode ser o tesouro, ou, como acontece geralmente com o direito à moradia, um dos bens comuns a ser distribuído é a cidade.⁸

A concretização do direito à moradia para boa parte da população brasileira passa pela partilha de um bem comum por excelência: a cidade, bem indivisível, cujos espaços são apropriados por particulares por meio de distribuição. Para ficar no aspecto mais simples, pensemos nas restrições impostas ao direito à moradia pela delimitação territorial das cidades. Em razão da finitude do espaço territorial das cidades, a ocupação gradativa das áreas urbana “vacantes” implica redução do estoque de terras disponíveis para novas habitações. Desta feita, a saída que resta àqueles que não podem pagar o preço de morar na cidade “legal” é morar em cidades menores nos arredores e trabalhar nas grandes cidades; ou, mesmo, ocupar áreas urbanas de particulares ou do Estado ou, ainda, vagar pelas ruas da cidade, sem moradia fixa.

Na próxima seção busca-se esclarecer alguns pontos dessa relação entre o direito à moradia e as cidades.

2. Direito à moradia e a vida nas cidades

Estudar os problemas contemporâneos da moradia passa necessariamente pela questão da vida nas cidades. Os fluxos migratórios,

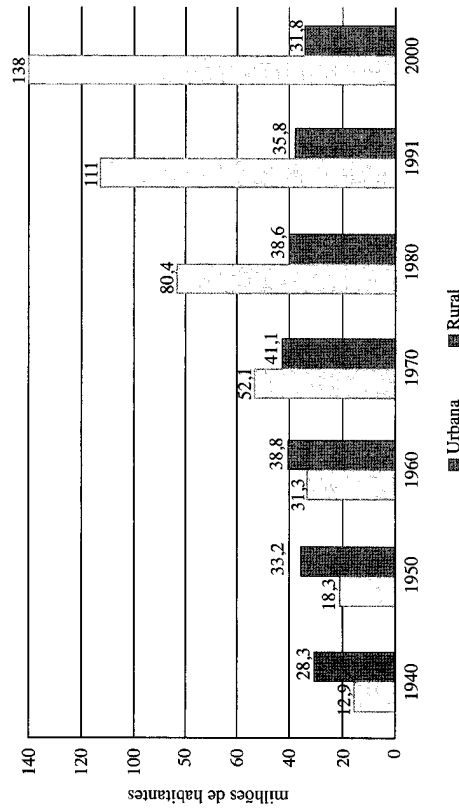
6. S. G. Lunardi, “Finalidades e formas de efetivação do direito à habitação: a inclusão social com base na experiência constitucional francesa”, in S. G. Lunardi, *Inclusão Social e sua Efetivação* (pp. 175-199), Curitiba, CRV, 2011, p. 178.

7. J. R. Lopes, “Direitos sociais como justiça distributiva”, in J. R. Lopes, *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, São Paulo, Método, 2006, pp. 142-144 e 150-152.

8. J. R. Lopes, “O direito à moradia e o direito à vida na cidade”, in J. R. Lopes, *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, São Paulo, Método, 2006, p. 72.

movidos pelas expectativas de ganho de riqueza e de liberdade,⁹ moveram milhões de brasileiros do campo para a cidade. Migração aliada a explosão demográfica teve o condão de transformar o Brasil, passando de um País predominantemente agrário a um País urbano em menos de três décadas. Como mostra o gráfico a seguir, a virada ocorreu na década de 1970.

População residente, por situação do domicílio
Brasil — 1940/2000



Fonte: IBGE, 2011.

Alguns acontecimentos da década de 1970 são emblemáticos para a questão habitacional.

O crescimento da população urbana não foi acompanhado por um planejamento urbano adequado, o que resultou na ocupação desordenada do solo urbano. Já em meados da década de 1970 a situação dos loteamentos clandestinos passa a ocupar lugar central na pauta dos movimentos de bairro na cidade de São Paulo.¹⁰ Singer re-

conhece a estreita ligação entre o problema habitacional e o problema urbano. Segundo o autor, o problema dos loteamentos clandestinos está ligado, no fundo, ao da apropriação e uso do solo urbano pela maioria pobre, que remete à necessidade de formulação de políticas públicas que assegurem a essa parcela da população condições dignas de moradia.¹¹

Nesse período, as organizações de direitos humanos começam a expandir suas áreas de atuação para as periferias das cidades. Em 1978 teria sido fundado o primeiro Centro de Defesa dos Direitos Humanos na periferia de São Paulo, no bairro de São Miguel, que tinha dentre seus objetivos: divulgar informações a respeito da situação dos direitos humanos na região, denunciar violações a esses direitos, dar orientação e assistência jurídica nos casos de problemas coletivos e individuais e estimular lutas e mobilizações em torno da defesa dos direitos do povo.¹²

Conforme avalia Singer,¹³ a associação dos movimentos de bairro — mobilizados em torno de reivindicações sobre saúde e em defesa dos favelados — aos movimentos de direitos humanos configura novidade no cenário brasileiro. Essa associação marcaria o surgimento, em São Paulo, de um movimento de defesa política dos direitos humanos das populações pobres.

Segundo o Senador Otto Lehmann, da ARENA/SP, “em razão do recrudescimento do problema urbano, a partir da década de 60, começou-se a clamar por uma nova lei federal do loteamento, que viesse a substituir o Decreto-lei 58, [de 1937] uma vez que tal legislação, por contemplar realidade bem diversa daquele tempo, já se encontrava totalmente defasada”.¹⁴

Em março/1977 Lehmann, apresentava o Projeto de Lei do Senado do 18, posteriormente transformado no Projeto de Lei 1.687/1979. Após os trâmites nas Casas Legislativas, o projeto foi transformado na Lei 6.766, em 19.12.1979, pelo então Presidente Figueiredo.

11. Idem, p. 96.

12. Idem, p. 101.

13. Idem, p. 103.

14. Justificativa ao Projeto de Lei do Senado 18/1977, publicado no *Diário do Congresso Nacional* de 12.3.1977, Seção II, p. 255.

9. Idem, pp. 61-62.

10. P. Singer, *São Paulo: o Povo em Movimento*, São Paulo, Vozes/CEBRAP, 1980, p. 93.

Essa lei dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e continua em vigor, com algumas alterações,¹⁵ de modo que os conflitos relacionados aos loteamentos irregulares e clandestinos se regem por dispositivos dessa lei.

Na Assembleia Nacional Constituinte/ANC, que funcionou de 1.2.1987 a 5.10.1988, as discussões sobre o direito à moradia foram desenvolvidos no âmbito da Subcomissão da Questão Urbana e Transportes, situada na estrutura da ANC dentro da Comissão da Ordem Econômica.

Note-se que, além da contribuição dos constituintes, foram apresentadas duas emendas populares sobre o tema, registradas sob os ns. 063 e 115. Em ambas as emendas há intenção de (a) incluir o direito à moradia explicitamente no rol de garantias e direitos fundamentais e (b) instituir o usucapião urbano para fins de moradia como instrumento de efetivação do direito à moradia nas cidades.

A Emenda 063 foi apresentada conjuntamente pela Federação Nacional dos Engenheiros/FNE, pela Federação Nacional dos Arquitetos/FNA e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil/IAB, com a subcrição de 133.068 eleitores brasileiros. Por essa Emenda propôs-se incluir artigo dispondo sobre o *direito a condições de vida urbana digna* entre os "Direitos e Liberdades Fundamentais", que veio a ser o Título II da Constituição de 1988:

Art. Todo cidadão tem direito a condições de vida urbana digna e justiça social, obrigando-se o Estado a assegurar: I - *acesso à moradia*, transporte público, saneamento, energia elétrica, iluminação pública, comunicações, educação, saúde, lazer e segurança, assim como a preservação do patrimônio ambiental e cultural.

Art. O direito a condições de vida urbana digna condiciona o exercício de propriedade ao interesse social no uso dos imóveis urbanos e o subordina ao princípio do estado de necessidade. (*Grijei*)

O instrumento jurídico pensado para dar efetividade ao *direito à vida urbana digna*, segundo a Emenda 063, era o *usucapião urbano para fins de moradia*, podendo ser concedido de forma individual ou

15. Promovidas pelas Leis 9.785/1999, 10.932/2004 e 11.445/2007 e pela Medida Provisória 514/2010.

coletiva. Propôs-se a inclusão no título sobre a "Ordem Econômica e Financeira", atual Título VII, do seguinte dispositivo:

Art. Ao exercício dos direitos urbanos consagrados no primeiro artigo, todo cidadão que, não sendo proprietário urbano, detiver a posse não contada, por três anos, de terras públicas ou privadas, cuja metragem será definida pelo Poder Municipal até o limite de 300m², utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, independente de justo título e boa-fé.

§ 1º. O direito de usucapião urbano não será reconhecido ao mesmo possuidor.

§ 2º. Os terrenos contínuos ocupados por dois ou mais possuidores são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente através de entidade comunitária e obedecerá procedimento sumariíssimo.

Note-se que a proposta acima não fala explicitamente em um direito à moradia, mas o apresenta como elemento constitutivo do *direito a condições de vida urbana digna*. O texto propõe, ainda, uma hierarquização entre o direito de propriedade e o direito à vida urbana digna, como que colocando este em posição de superioridade em relação àquele.

A Emenda 115, por sua vez, foi proposta conjuntamente por Confederação Nacional das Associações de Moradores/CONAM, Federação Mato-Grossense de Associações de Moradores de Bairro/FEMAB, Federação das Associações de Moradores do Estado de Santa Catarina, Federação das Associações de Moradores de Belo Horizonte/FAMO BH, Federação Rondoniense de Associações de Bairros/FRAB e Federação de Bairros e Favelas de Fortaleza/FBFF, e contou a assinatura de 30.398 eleitores brasileiros.

Dentre os dispositivos apresentados pela Emenda, destaca-se a proposta de inclusão expressa do direito à moradia no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição, como vemos no excerto transcrito abaixo:

Art. O direito à moradia precede e predomina sobre o direito de propriedade.

Art. O acesso à moradia digna e adequada é garantido a todos pelo Poder Público e, prioritariamente, aos trabalhadores assalariados de baixo rendimento.

§ 1º. A dimensão da unidade habitacional deverá corresponder às necessidades básicas da família, garantindo-se um mínimo de 10m² de área consagrada por pessoa.

§ 2º. Entende-se como moradia digna e adequada não apenas a casa, mas também o acesso aos serviços públicos essenciais, como saneamento básico, educação, saúde, transporte coletivo e lazer.

Nota-se novamente, desta vez de forma mais incisiva, a proposta de hierarquização entre o direito de propriedade e o direito à moradia, preferindo o primeiro em face do último. Há, ainda, nessa Emenda uma tentativa de detalhamento do conteúdo do direito à moradia, como na garantia de um mínimo de 10m² de área construída por pessoa na unidade habitacional; e na definição de “moradia digna e adequada”, que abarcaria o acesso a saneamento básico, educação, saúde, transporte coletivo e lazer.

(aqui) Dessa mesma Emenda destaca-se, ainda, a proposta de destinação de, no mínimo, 15% das receitas da União para implementação de programas de habitação popular e 25% das receitas dos Estados, Municípios e do Distrito Federal; da construção de moradias pelo Poder Público para serem alugadas, como forma de regular o mercado imobiliário de locação; e a instituição do usucapião urbano.

O Anteprojeto aprovado pela Subcomissão Temática da Questão Urbana e Transporte incorporou em grande medida as propostas contidas nessas emendas populares, especialmente com (a) a garantia expressa do direito à moradia e (b) pela instituição do usucapião urbano para fins de moradia, como se vê nos arts. 1º e 4º, transcritos abaixo.

Art. 1º. É garantido a todos, para si e para sua família, o acesso a moradia digna, com infraestrutura urbana adequada, que lhe preserve a segurança e a intimidade.

(...).

Art. 4º. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel urbano ou rural, possuir como seu, por cinco anos ininterruptos, de boa-fé, sem oposição e com justo título, imóvel urbano de até 250m² de área, adquirir-lhe-á o domínio, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para matrícula no Registro de Imóveis.

Esses dispositivos permaneceram no texto do Anteprojeto da Comissão da Ordem Econômica, com redação idêntica, nos arts. 17 e 21, respectivamente. Na Comissão de Sistematização foi suprimida

do texto a garantia expressa de moradia, e a Constituição de 1988 foi promulgada sem dispositivo semelhante. Já, o usucapião urbano, ou concessão especial de uso para fins de moradia, foi mantido, aprovado, e segue em vigor, nos termos do art. 183 da CF de 1988. Esse artigo, ao lado do art. 182, compõe o capítulo da Constituição que trata da política urbana brasileira.

Apesar da supressão operada na Comissão de Sistematização, o direito à moradia veio a ser expressamente incluído no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição, como um direito social, pela Emenda Constitucional 26, de 14.2.2000, que inseriu o termo “moradia” no art. 6º da Carta.

Em comentário sobre a missão política do desenvolvimento urbano proclamado no art. 182 da CF, José Afonso da Silva ensina que esse desenvolvimento consiste no desempenho harmônico e progressivo das *funções sociais da cidade*, “que se efetivam no condicionamento adequado do direito à moradia, ao trabalho, à recreação do corpo e do espírito, à circulação”.¹⁶

O capítulo da Política Urbana – arts. 182 e 183 da CF de 1988 – foi regulamentado pela Lei 10.257, de 10.7.2001, denominada “Estatuto da Cidade”. Além de instituir as diretrizes gerais da matéria, o Estatuto apresenta uma série de instrumentos da política urbana. Dentre os instrumentos jurídicos, interessam, para os fins desta dissertação, o Plano Diretor¹⁷ – considerado instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana –, a instituição de Zonas Especiais de Interesse Social/ZEIS¹⁸ e a concessão de uso especial para fins de moradia.¹⁹

Treze anos se passaram desde a promulgação da Constituição até a regulamentação dos artigos que tratam da política urbana. Dentre eles, o dispositivo que versa sobre a concessão especial de uso para fins de moradia, disposto no art. 183 e concedido pelo constituinte como o principal instrumento de efetivação do direito à moradia, finalidade que se pôde notar desde as duas emendas populares apresen-

16. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 752.

17. Art. 4º, III, “a”, da Lei 10.257/2001.

18. Art. 4º, V, “F”, da Lei 10.257/2001.

19. Art. 4º, V, “H”, da Lei 10.257/2001.

tadas à ANC. A despeito da demora na regulamentação pelo legislador infraconstitucional, toda a seção da Lei 10.257/2001 que tratava sobre a concessão especial de uso para fins de moradia recebeu veto presidencial, em razão de alegadas imprecisões do projeto de lei que, subsequentemente, contrariariam o interesse público. Na mensagem de veto, a Presidência da República defende que a falta de uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial para fins de moradia traria sérios riscos à aplicação desse instrumento jurídico, porque tornaria permanente algo concebido para ser provisório, só justificável para solucionar o passivo de ocupações irregulares gerado por décadas de urbanização desordenada.²⁰ Ainda no veto, o Chefe do Poder Executivo Federal se compromete a submeter ao Congresso Nacional um texto normativo para preencher a lacuna causada pelo veto, o que se deu pela Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001.

Na esfera municipal a matéria é geralmente abordada no Plano Diretor do Município, através de instrumentos como as ZEIS, que determinam que a Municipalidade aplique nessas zonas os instrumentos relativos à regularização fundiária e, quando couber, a concessão especial para fim de moradia.

As ZEIS são áreas da cidade em que se autorizam o parcelamento do solo e a edificação segundo índices urbanísticos diferentes dos do resto da cidade. Esse tratamento diferenciado é mais simples e tende a ser menos oneroso, de modo a viabilizar o direito à moradia das parcelas mais pobres da sociedade.²¹ É também uma tentativa de excluir certas áreas da cidade da especulação imobiliária.

Já, concessão especial para fins de moradia, regulamentada pela Medida Provisória 2.220/2001, é instrumento que possibilita ao possuidor de imóvel público de até 250m², situado em área urbana, ter a concessão gratuita do imóvel para usá-lo como moradia, desde que não seja proprietário de outro imóvel, rural ou urbano, e que não tenha se beneficiado desse tipo de concessão em outra ocasião.

A esta altura espero ter demonstrado que: (a) moradia é um problema relevante, exposto pelos números do déficit habitacional do

20. V. Mensagem 730, de 10.7.2001, da Presidência da República.

21. A. A. Dallari, "Instrumentos da política urbana", in A. A. Dallari e S. Ferraz (coords.), *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 82.

Ministério das Cidades; (b) há um quadro normativo desenhado para lidar com esse tipo de problema.

No restante do texto veremos o que diz a doutrina sobre os direitos positivados nas normas elencadas acima.

3. A doutrina brasileira sobre direito à moradia

Apesar da demonstrada relevância, são poucos os trabalhos específicos sobre o direito à moradia, e a maioria deles é composta por trabalhos de pouca utilidade em termos dogmáticos. Qualifiquemos como "trabalhos de pouca utilidade" porque não cumprem uma finalidade essencial da Dogmática Jurídica, qual seja: oferecer ao julgador condições de decidibilidade sobre os conflitos jurídicos.²²

Tércio Sampaio Ferraz ensina que a Dogmática Jurídica constitui-se do esforço persuasivo dos doutrinadores voltado a influir no comportamento dos destinatários das normas – o que inclui os responsáveis pela sua aplicação, como juízes, a Polícia. O trabalho do doutrinador tem a finalidade de propor como se deve agir de acordo com o Direito vigente. Dessa forma, as proposições doutrinárias, tomam

(1) ou a forma de *orientações*, ou seja, proposições que pretendem iluminar aquele que deve tomar uma decisão, dando-lhe elementos cognitivos suficientes, como esquemas, sistematizações; (2) ou a forma de *recomendações*; isto é, proposições persuasivas que pretendem acautelar aquele que vai decidir, fornecendo-lhe fatos, atuais ou históricos, experiências comprovadas, tudo transformado em regras técnicas do tipo "se queres x, deves z", ou regras pragmáticas do tipo "visto que deves x, então, deves z"; ou, ainda, (3) a forma de *exortações*, que persuadem, apelando a sentimentos sociais, valores, em termos de princípios, máximas em que se exigem o respeito à justiça, ao bem comum, a preponderância do interesse público etc.²³

O doutrinador deve cumprir um papel de facilitador do trabalho do juiz, do advogado, do promotor, apresentando uma série de inter-

22. T. S. Ferraz Jr., "Relação entre Dogmática Jurídica e pesquisa", in M. Nobre, *O que é Pesquisa em Direito?*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 77-78; e C. Courtis, "El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática", in C. Courtis, *Observar la Ley* (pp. 105-157), Madrid, Editorial Trotta, p. 109.

23. T. S. Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 59-60.

pretações possíveis sobre a aplicação da lei. Espera-se que a doutrina seja resultado de um trabalho de reflexão mais profundo e detalhado por parte do doutrinador, especialista na matéria; ao contrário do juiz, se tem que decidir questões sobre diferentes assuntos em um mesmo dia de trabalho. Segundo Thiago Acca, a doutrina tem melhores condições de cumprir esse papel:

(a) por não ter que resolver o caso concreto, não é constrangido pelo fator tempo (o juiz não pode ficar maturando qual é sua interpretação do direito à saúde anos a fio para decidir se alguém terá direito a um remédio ou não); (b) não está limitado por regras processuais que determinam as formas pelas quais o juiz pode conhecer os fatos; (c) pode debruçar-se sobre a *mesma* questão durante o tempo que desejar, enquanto um mesmo juiz terá de solucionar vários casos abordando assuntos jurídicos diferentes.²⁴

Não se nega que a jurisprudência pode cumprir esse papel criativo na interpretação do Direito. O que não se admite é que a doutrina abdique essa função. Se a renuncia e se converte em simples repetidora do que dizem os legisladores e os Tribunais, a doutrina perde sua razão de ser, e passa a ser um elemento prescindível no jogo dos juristas.

Um dos problemas da doutrina sobre o direito à moradia, como se verá a seguir, está no considerável afastamento entre teoria e prática. Os doutrinadores que escrevem sobre o tema parecem desconhecer os problemas reais que envolvem o direito à moradia dos brasileiros, e que desencadeiam os problemas jurídicos relacionadas à implementação desse direito. Em razão disso, a teoria produzida se converte em um exercício vão de conceitos etéreos, tais como dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e igualdade. Já, a prática, “por não encontrar respostas na teoria, volta-se para si mesma, em um processo de contínua autorreferência”.²⁵

Quando a doutrina do direito à moradia se limita a reproduzir o texto legal, deixa de ter utilidade ao aplicador do Direito, o juiz, por exemplo, na medida em que se espera que ele já tenha conhecimento

24. T. Acca, *Uma Análise da Doutrina Brasileira dos Direitos Sociais: Saúde, Educação e Moradia entre os Anos de 1964 e 2003*, cit., p. 37.

25. O. L. Rodriguez Jr., “Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)”, *RT* 891/97, São Paulo, Ed. RT, 2010.

sobre o Direito aplicável ao caso. A doutrina que se contenta em indicar a lei vigente tem utilidade bastante limitada, e acaba por entregar aos juízes toda a atividade interpretativa de que deveria participar. Veremos abaixo um caso emblemático desse tipo de produção, em que o doutrinador indica a norma aplicável ao caso e diz que o juiz deve decidir cada caso de acordo com a situação concreta que se lhe apresenta.

São frequentemente encontrados nessa doutrina os argumentos listados a seguir: (a) que o direito à moradia é um direito fundamental; (b) que é corolário da dignidade da pessoa humana; (c) e que, por isso, gera obrigações prestativas ao Estado; (d) que a programaticidade das normas constitucionais não pode ser invocada como justificativa para sua ineficácia imediata. Em alguns casos os textos se resumem a esses argumentos.

A implementação do direito à moradia passa pela resposta a uma série de perguntas, referentes: à natureza desse direito; ao seu conteúdo do mínimo; a quais as prestações devidas pelo Estado; a quem são seus titulares; a de que ente estatal ele deve ser exigido; se oponível aos particulares... A doutrina estudada, entretanto, não oferece resposta a essas questões.

Quando chega a abordar qual seria o conteúdo dessas obrigações prestativas, Ingo Sarlet defende que sua implementação admite “um leque amplo de possibilidades”,²⁶ e que, no caso concreto apresentado ao Judiciário, “a solução deverá passar necessariamente pela ponderação dos princípios incidentes [*sobre o caso*]”.²⁷

Não se quer dizer que essas teses – sobre o caráter fundamental do direito à moradia, sobre sua relação de inerência com a dignidade da pessoa humana e sobre a eficácia imediata das normas programáticas – são irrelevantes. Digo que restringir-se a isso é insuficiente, se considerarmos a finalidade precípua da Dogmática Jurídica. Esse tipo de trabalho não se propõe a melhorar as condições de decidibilidade do julgador. Dizer que em cada caso os juízes devem ponderar princípios não ajuda a atividade decisória. Se não é possível estabelecer

26. I. W. Sarlet, “O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas considerações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia”, in J. A. Sampaio, *Crises e Desafios da Constituição* (pp. 415-466), Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 457.

27. *Idem*, p. 459.

critérios generalizantes, já ajudariam se mostrassem como deve ser feita a ponderação que sugerem em casos concretos específicos. Esses trabalhos cuidam de problemas de alta e média abstração, mas negligenciam as questões menos abstratas, e, portanto, mais próximas à implementação dos direitos sociais.

Dentre os textos estudados, o de Gilson Luiz Inácio é o que mais destoa do conjunto no que se refere à definição da obrigação estatal decorrente do direito à moradia. Segundo Inácio, esse direito não torna o Estado responsável pela distribuição gratuita de casa a todos os indivíduos, em razão da programaticidade das normas que veiculam direitos fundamentais. Vejamos:

Ainda que dotada da qualidade de direito social, os indivíduos não poderão pretender derivar da norma uma moradia, ou seja, *o Estado não se encontra obrigado a fornecer moradias para as pessoas, em face do conteúdo programático dessas normas.*²⁸ (Grifos apostos)

Sobre a eficácia das normas sobre direitos fundamentais, Nelson Saule Jr. defende a tese de que elas teriam aplicação imediata e eficácia plena, impondo a obrigação ao Estado de elaborar políticas públicas para efetivar o direito à moradia. Quando se propõe a definir o conteúdo da obrigação imposta ao Estado pelo direito à moradia, Saule Jr. se junta a uma corrente da doutrina que defende o que chama de "direito à moradia como direito à legislação". Essa corrente argumentativa aduz que não se pode exigir do Estado, no que diz respeito ao direito à moradia, nada mais que a elaboração de atos normativos que se prestem à instituição e à regulamentação de políticas públicas habitacionais. Adiante se vê um exemplo dessa corrente.

De imediato o Estado Brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. *Essa obrigação não significa de forma alguma prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacio-*

28. G. L. Inácio, *Direito Social à Moradia & Efetividade do Processo*, Curitiba, Jurua, 2002, p. 47.

nal, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e de vida.²⁹

Posição semelhante é defendida por Richard Kim em sua tese de Doutorado, em que argumenta não haver um direito subjetivo à moradia, restando apenas a obrigação do Estado de criar uma política habitacional. Após longo relato da discussão teórica, a partir da obra de Canotilho, a respeito da aplicabilidade imediata da norma que institui o direito à moradia, o autor conclui que o caráter programático dessa norma

não implica que o Estado tenha a obrigação de prover moradia, ou seja, uma casa para cada pessoa da sociedade. Em verdade, o Estado deve criar um sistema e uma política habitacional que possibilite ao setor privado e público cumprir a política habitacional estabelecida na lei e que possa minorar ou pelo menos eliminar quaisquer medidas discriminatórias que venham a impedir o acesso da população a uma moradia digna.³⁰

Outro partidário dessa corrente da doutrina é Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Segundo o doutrinador, em virtude do art. 6º da CF, "o Estado tem por obrigação e dever promulgar e criar legislação que beneficie, proteja e facilite o direito à moradia".³¹ Em Souza esse tipo de proposição vem acompanhado de advertência explícita sobre os limites da obrigação estatal imposta pelo direito à moradia. Segundo o autor, a Constituição não confere ao indivíduo o direito a uma casa. Vejamos:

*Não significa que esse dever obrigacional do Estado se traduza em doar uma casa para o indivíduo, pois os aspectos que envolvem o direito à moradia devem ser quanto às normas legislativas, que devem permitir o exercício do direito à moradia.*³²

29. N. Saule Jr., "O direito à moradia como responsabilidade do Estado Brasileiro", *Cadernos de Pesquisa CEBRAP* 7/71, 1997.

30. R. Kim, *Responsabilidade do Estado nas Ocupações Ilícitas*, tese de Doutorado em "Direito Administrativo", São Paulo, USP, 2002, p. 106.

31. S. I. N. de Souza, *Direito à Moradia e de Habitação*, São Paulo, Ed. RT, 2004, pp. 253-254.

32. Idem, p. 260.

O exame da obra de Patrícia Gazola permite colocá-la entre os autores defensores da tese do “direito à moradia como direito à legislação”, exigindo do Estado a implantação de programas habitacionais voltados para a população de baixa renda, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana.³³ A autora argumenta ser possível exigir do Estado mais que a elaboração de políticas habitacionais. Segundo a autora:

A moradia digna é muito mais que uma construção de um espaço físico de abrigo. A moradia digna implica a construção de um espaço psicológico e humana. O direito à moradia (...) significa o direito de obter uma, [habitação] o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação.³⁴ (Grifei)

Gazola, entretanto, limita-se a essa assertiva, sem explicar no que consistem essas medidas e prestações estatais.

José Afonso da Silva, por seu turno, não limita o conteúdo do direito à moradia ao “direito à legislação”, mas reconhece que essa é uma das obrigações exigíveis do Estado no que tange a esse direito social, porque a norma específica do art. 23, IX, da CF determina essa ação positiva do Estado. Além disso, para o autor, o pleno exercício do direito à moradia exige que a habitação tenha dimensões adequadas, condições de higiene e conforto e que assegure a intimidade pessoal e a privacidade familiar dos moradores. Segundo Silva:

(...). O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, (...).

O conteúdo do direito à moradia não envolve só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, (...).³⁵ (Grifei)

33. P. M. Gazola, *Concretização do Direito à Moradia Digna: Teoria e Prática*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 52.

34. Idem, p. 113.

35. J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 317.

Ao definir as obrigações impostas ao Estado pelo direito à moradia, Ingo Sarlet junta-se à corrente que chamo de “direito à moradia como direito à legislação”, defendendo que “a principal manifestação do dever de proteção do Estado para com o direito à moradia consiste na edição de medidas legislativas com o objetivo de viabilizar, de forma efetiva, sua implementação”.³⁶

Sarlet argumenta que a forma de implementação do direito à moradia pode se dar em um “leque amplo de possibilidades”, dando como exemplo o estabelecimento de um sistema de mutirão, a criação de linhas de financiamento específicas para esse fim, dentre outros.³⁷ Esse tipo de argumento tem função meramente exemplificativa, mas não melhora as condições de decidibilidade do juiz a que se apresenta um conflito por moradia. É pouco provável que alguém discorde de que a criação de uma linha de crédito para moradia popular é forma de implementar o direito à moradia. Um ponto que não é explorado pela doutrina analisada é saber se é possível exigir judicialmente do Estado esse tipo de medida.

Quando esse tipo de questão é enfrentado, a doutrina se vale de um argumento fugidio, remetendo a princípios e valores do Direito – como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial – ou, ainda, a uma espécie de “Emplasto Brás Cubas jurídico”, capaz de solucionar todos os conflitos jurídicos deste mundo: a ponderação de princípios. Sarlet, por exemplo, vale-se dessa estratégia argumentativa na conclusão do seu citado artigo sobre o conteúdo e a eficácia do direito à moradia na Constituição de 88. Vale a transcrição:

Entendemos que a proposta de solução deverá passar necessariamente (também aqui) pela ponderação dos princípios incidentes na espécie, no âmbito de uma interpretação sistemático-hierarquizadora.³⁸

As questões que a doutrina tem enfrentado referem-se, em grande medida, à natureza desses direitos e à possibilidade de *exigi-los contra o Estado*. As outras questões, entretanto, permanecem abertas.

36. I. W. Sarlet, “O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas considerações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia”, cit., in J. A. Sampaio, *Crises e Desafios da Constituição*, p. 457.

37. Idem, *ibidem*.

38. I. W. Sarlet, “O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas considerações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia”, cit., in J. A. Sampaio, *Crises e Desafios da Constituição*, p. 459.

Sobre o *conteúdo* do direito à moradia, importa saber no que ele consiste. Qual seu significado? Seria o direito a uma casa? Própria ou alugada? Ou cedida gratuitamente pelo Estado? A ocupação deve ser unifamiliar ou compartilhada? Podemos dizer que um cidadão que tem simplesmente um teto sobre quatro paredes teve seu direito à moradia efetivado?

Quanto aos *titulares* do direito, interessa saber: Trata-se de direito subjetivo? Quem são seus titulares? Todas as pessoas? Ou só os mais pobres? As causas da pobreza devem ser levadas em conta? Trata-se de direito exclusivo do nacional, ou também é garantido ao estrangeiro? Aquele que foi contemplado em um programa habitacional, ou que comprou "via mercado" a sua casa, e a vende, tem direito a outra casa?

No que o direito à moradia obriga o Estado no que se refere às *prestações devidas*? Há adimplemento das obrigações estatais com a instituição de um programa de financiamento público de moradia como o Sistema Financeiro Habitacional³⁹ ou como o "Programa Minha Casa, Minha Vida"⁴⁰?

Em razão do silêncio constitucional acerca do conteúdo mínimo do direito à *moradia digna*,⁴¹ podemos nos valer, a título de orientação, como sugere Sarlet,⁴² dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, em busca de alguns parâmetros para avaliar nossas condições de moradia.

Tomemos como exemplo o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado na XXI Sessão da Assembleia-Geral da ONU, em 19.12.1966, que entrou em vigor para o Brasil em 24.4.1992, internalizado pelo Decreto 591/1992. O art. 11 (1) do Pacto dispõe que:

Os Estados-Partes do (...) Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive a ali-

39. Lei 4.380, de 21.8.1964.

40. Lei 11.977, de 7.7.2009.

41. A expressão *direito à moradia digna*, mais utilizada no Brasil, corresponde à expressão corrente no linguajar da ONU, *right to adequate housing*.

42. I. W. Sarlet, "O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas considerações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia", cit., in J. A. Sampaio, *Crises e Desafios da Constituição*, p. 435.

mentação, vestimenta e *moradia adequadas*, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (*Grifei*)

É certo que o texto desse artigo é de um grau de abstração semelhante ao do *caput* do art. 6º da CF de 1988. Trouxe-o aqui, todavia, porque gostaria de aproveitar os comentários feitos ao artigo pela Comissão da Nações Unidas para Direitos Humanos,⁴³ em sua Sexta Sessão, reunida em 13.12.1992, por entender que eles nos indicam alguns parâmetros acerca do conteúdo do direito à moradia.

Em síntese, a Comissão entende que o direito à moradia adequada não pode ser interpretado de forma restritiva, equiparando o direito à moradia a ter um abrigo ou a ter um teto sobre a cabeça. Na visão da Comissão, ter direito à moradia implica ter direito a segurança, paz, dignidade, privacidade, ventilação e iluminação adequada, infraestrutura básica e adequada localização no que diz respeito ao trabalho e comodidades básicas, tudo a um custo razoável. A Comissão elenca, ainda, sete elementos que se podem dizer essenciais ao direito à moradia adequada:

(1) *Segurança jurídica da posse*. A segurança da posse deve garantir às pessoas proteção jurídica contra despejos forçados e outros tipos de turbacão da posse.

(2) *Disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infraestrutura essenciais à saúde, segurança, ao conforto e nutrição*. Como, por exemplo, acesso a água potável, energia elétrica, saneamento básico, coleta de lixo e serviços de emergência.

(3) *Acessibilidade econômica*. Os custos associados à moradia não podem ser tamanhos a ponto de prejudicar outras necessidades básicas humanas. Para isso, os Estados devem estabelecer políticas de subsídio habitacional para aqueles que não conseguem, por si, bancar esses custos.

43. Trata-se do CDESCR General comment 4, disponível em [http://www.unhcr.ch/tibs/doc.nsf/\(Symbol\)/469#d91a9378221c12563ed0053547e](http://www.unhcr.ch/tibs/doc.nsf/(Symbol)/469#d91a9378221c12563ed0053547e), acesso em 5 de maio de 2011.

(4) *Habitabilidade*. Afere-se em termos do espaço disponível aos habitantes e da proteção contra frio, calor, chuva, ventos e outras intempéries.

(5) *Acessibilidade social*. A moradia deve estar disponível a grupos vulneráveis, como idosos, crianças, pessoas com dificuldades físicas e/ou doenças mentais, doentes terminais, soropositivos. Pessoas vivendo em áreas de risco devem ter algum grau de prioridade nas políticas habitacionais. Os Estados devem promover acesso à terra aos sem-terra e aos segmentos mais pobres da sociedade.

(6) *Localização*. A moradia deve estar próxima do trabalho, de postos de saúde, escolas e creches.

(7) *Adequação cultural*. A forma de construir e os materiais utilizados devem respeitar as características culturais, a identidade e a diversidade dos seus habitantes.

Feita esta nota, voltemos para o caso brasileiro. Em artigo analisando um relatório do Ministério das Cidades sobre a situação das cidades brasileiras de 2000 a 2008,⁴⁴ Rolnik e Klink⁴⁵ apresentam alguns critérios para considerar uma moradia adequada.⁴⁶

Segundo eles, uma moradia localizada em área urbana deve contar com: abastecimento de água por rede geral canalizada em pelo menos um cômodo; iluminação elétrica; instalação sanitária por rede geral; lixo coletado por serviço de limpeza diretamente; número de banheiros maior que zero; o domicílio deve ser particular e permanente; localizado fora de aglomerado subnormal; densidade de moradores por cômodo menor ou igual a dois.

Ressalte-se que esse tipo não conta com informações referentes à situação jurídica da posse.⁴⁷

44. Este relatório está disponível em www.relatoriodascidades.org.br. Acesso em 4 de maio de 2011.

45. R. Rolnik e J. Klink, "Crescimento econômico e desenvolvimento urbano: por que nossas cidades continuam tão precárias?", *Novos Estudos-CEBRAP* 89/96, 2011.

46. Os autores usam a expressão "domicílio adequado".

47. No seminário de apresentação do artigo, no CEBRAP, em 6.5.2011, perguntei aos autores se essa não seria uma variável relevante para a definição da adequação da moradia. Ao que eles me responderam, sem hesitar, que esse é um ponto de grande im-

Segundo essa pesquisa, em 2008, de um total de 56.093.610 de domicílios, apenas 25.601.027 atendiam a todas essas características, o que corresponde a 45,63% do total de domicílios brasileiros.⁴⁸

4. Conclusão

Como os estudos demográficos demonstram, o silêncio da doutrina não corresponde à falta de problemas jurídicos sobre moradia ou, mesmo, a um amplo consenso acerca da interpretação da Constituição e da legislação sobre moradia.

Quando se olhou a produção doutrinária brasileira sobre direito à moradia, pôde-se notar que os trabalhos acadêmicos neste campo, com honrosas exceções, não cumprem sua importante função social de oferecer condições de decidibilidade aos tomadores de decisão, sejam eles juízes ou formuladores de políticas públicas.

Observa-se nítido descolamento entre teoria e prática. Resultado desse distanciamento: produzem-se trabalhos acadêmico-jurídicos que não procuram oferecer soluções aos problemas práticos de implementação do direito à moradia, e os problemas práticos são resolvidos sem a devida consideração dos aspectos jurídicos envolvidos.

Um elemento do conceito jurídico de moradia parece, a meu ver, negligenciado pela doutrina brasileira, e precisa de desenvolvimento teórico.

Essa tarefa demanda mais que o espaço que nos cabe nesta publicação, mas faremos um breve esboço, com a pretensão de definir uma agenda de pesquisa.

Trata-se da *segurança jurídica da posse*. *Esse elemento é anterior à problemática sobre as prestações positivas oponíveis pelos particulares contra o Estado*, e nos remete aos comentários feitos pela Comissão das Nações Unidas para Direitos Humanos apresentados na seção anterior.

portância, mas que não foi considerado na pesquisa porque as bases de dados dos Censos Demográficos e do PNAD do IBGE não traziam informações suficientes para tanto.

48. R. Rolnik e J. Klink, "Crescimento econômico e desenvolvimento urbano: por que nossas cidades continuam tão precárias?", cit., *Novos Estudos-CEBRAP* 89/97.

Esperamos avançar neste campo, para que não reste dúvida de que a questão habitacional passa por aspectos jurídicos merecedores de atenção e que, por essa razão, os juristas têm uma contribuição relevante para a solução desse problema.